图书情报工作
第 65 卷 第 8 期 2021 年 4 月

图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质公平规则的塑造*

■ 柴会明[1] 张立彬[2]
[1] 天津音乐学院图书馆 天津 300171 [2]南开大学图书馆 天津 300071

摘 要：[目的/意义]对当前图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质不公平问题进行研究，分析其特征、原因并进行对策分析。[方法/过程]采取文献法、案例法以及比较法学的研究方法对面向图书馆数字资源引进的著作权问题进行阐述。[结果/结论]图书馆数字资源引进过程中著作权合同具有实质不公平的特征；当前我国著作权专门合同规则的缺失是导致该问题产生的主要原因；实现图书馆数字资源引进著作权合同实质公平的规则调整建议主要有 4 个方面，包括：明确面向图书馆数字资源长期保存的许可使用规则；增加面向图书馆的技术措施保护限制与例外；对著作权限制与私立著作权规则关系进行调整；合理引入反垄断规则。

关键词：图书馆 数字资源引进 著作权合同
分类号：G250
DOI：10.13266/j.issn.0252-3116.2021.08.002

1 引言

数字资源引进是图书馆文献信息保障系统建设的重要环节，该过程受到著作权法与商业合同的双重规制：一方面著作权法设置图书馆著作权限制与例外赋予图书馆对于版权作品合理使用的权利；另一方面数字资源引进过程中双方拟定的合同条款同样对于交易双方具有法律约束力。由于图书馆与供应商对于数字资源交易具有不同的目标诉求，双方以相关法律规则为基础，对于围绕数字资源引进所涉及的彼此间权利与义务关系进行博弈，并集中体现在的数字资源许可协议（即许可合同）。当前，图书馆数字资源引进过程中格式合同的普遍应用使这一过程呈现出更为纯粹的“契约自由”状态，为此，图书馆界通过数字资源许可政策研究[1]以发布许可协议模板或指导原则的方式提高图书馆的博弈能力，然而图书馆与供应商在谈判中的不对等地位仍然没有得到根本解决，2014 年“程焕文之问”[2]的提出以及高校图书馆数字资源采购联盟（DRAA）对英国皇家化学学会期刊数据库（RSC）的抵制[3]体现出这一问题的复杂性与尖锐性。当前，数字资源已经成为图书馆服务的重要基础，以抵制交易的方式来应对“数据商霸权”[4]并非良策，图书馆一方面需要立足实践加强对数字资源许可协议的理解和应对，一方面需要通过相关理论研究推动面向图书馆数字资源引进的著作权合同实质公平规则的塑造。鉴于著作权合同实质公平问题对于图书馆数字资源引进的重要影响，本文以相关法理分析为基础，对图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质不公平的特征与原因进行分析并在此基础上进行对策探讨，以期为相关研究与实践提供借鉴。

2 图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质不公平的特征

2.1 著作权扩张所带来的交易双方法律地位的失衡

在图书馆数字资源引进过程中，数字资源许可协议的缔结以著作权法与合同法为基础，法律规则确立了双方权利与义务的基本关系，双方权利的主张不能超越法律所赋予的权利范围，双方义务的约定也应该符合法律所规定的基本原则。当前，由于通过互联网传输和接受作品或邻接权客体已经成为作品或邻接权

* 本文系 2019 年度教育部人文社会科学青年项目“图书馆数字资源长期保存中著作权归属与边界的识别、辨析及应对研究”（项目编号：19YJC870001）与 2016 年度国家社会科学基金重点项目“网络时代开放教育资源引进与利用中的知识产权问题研究”（项目编号：16ATQ002）研究成果之一。
作者简介：柴会明（ORCID：0000-0003-0600-6094），副研究馆员，硕士；张立彬（ORCID：0000-0002-2387-1373），研究馆员，通讯作者，E-mail：zhanglibin@nankai.edu.cn。
收稿日期：2020-11-18 修回日期：2021-02-04 本文起止页码：13-20 本文责任编辑：杜杏叶

客体利用的重要方式，在相关产业推动下，以 WCT、WPPT，以及 DMCA 为代表的数字时代著作权立法都在一定程度上对著作权进行了扩张，集中体现在对于数字复制、技术措施保护以及信息网络传播权等方面的相关规定。对于图书馆而言，数字复制贯穿于用户数字资源使用全过程，供应商对于下载数量的主张（下载可视为一种复制）受到当前著作权法的支持；技术措施保护意味着图书馆对于引进数字资源与馆藏体系的整合以及长期保存过程中相关技术处理不得规避或破坏供应商所采取的技术措施，相关技术处理须得到授权；信息网络传播权保护使图书馆依托网络所开展的数字资源服务受制于供应商的许可，从而削弱了图书馆服务创新的自主性。整体来看，尽管当前著作权扩张实现了将作品的数字化利用纳入著作权保护的目的，但其对著作权平衡的冲击却并非短时间可以消化。相关研究表明，当前著作权限制与例外与数字环境下图书馆发展需求并不适应，集中体现在面向图书馆的复制权例外、技术保护措施例外以及信息网络传播权例外制度设置的不充分[5]，从而造成图书馆在合同缔结过程中处于法定权利上的劣势，使图书馆传统服务在网络环境中的合理延伸缺乏法律支持。

2.2 缔约地位不平等所带来的对于公平原则的破坏

公平原则是现代民法的基本原则，其基本要义是交易双方权利与义务的对等。作为一种立法主张，公平原则的实现一方面需要制度设置来对破坏公平原则的行为进行规制，另一方面也需要以交易过程中缔约主体之间的博弈能力为基础。在图书馆数字资源引进过程中，图书馆与供应商缔约地位存在不平等，主要体现在三方面：一是随着数字资源行业的整合，供应商对于数字资源（特别是数字学术资源）的控制程度不断增强并呈现一定程度上的垄断性经营，这与单个图书馆的分散性形成对比，尽管联合采购在一定程度上可以提高议价能力，但由于各馆在经费以及资源需求上的差异，双方市场地位依然存在失衡；二是格式合同加剧了图书馆与供应商之间缔约地位的不平等，供应商的市场参与程度使其在合同拟制方面更具专业性，合同文本通常由供应商聘请专业人员事先拟定，图书馆采购人员仅凭个人经验很难全面把握，从而降低了数字资源交易的协商合意，凸显了供应商缔约地位优势并使图书馆合法权益面临被合同条款限制的风险[6]，李佳等[7]调研了 DRAA 集团采购中 23 个数据库许可协议以及 5 个国内数据库许可协议，发现国内许可协议过于简单而国外许可协议冗杂繁琐，造成合理使用条款不明确或不突出，同时协议中充斥着大量的专业术语降低了图书馆对协议的可理解度；三是著作权扩张所带来的图书馆法定权利上的劣势加剧了缔约地位不平等，由于面向图书馆的著作权限制与例外制度的不完善，图书馆一些合理主张并没有得到法律支持，而供应商所提供的协议文本中所隐含的浏览权、接触权以及额外限制权等权项条款的设置[8]尽管在某种程度上超越了著作权保护范围，但由于当前立法与司法对于著作权的限制是否构成强制或默示的法律规则以及合同自由是否可以依据著作权法或一般法律规则加以限制尚无定论，使图书馆的合法权益受到挤压，从而在一定程度上加剧了著作权合同的实质不公平。

2.3 合同内容上的对于图书馆的不合理限制

图书馆引进数字资源的目的在于通过数字资源服务与长期保存实现自我角色更新，从而巩固其在数字环境下知识传播中心的地位[9]，当前图书馆数字资源引进许可协议条款设置并没有对图书馆的目标设置充分支持，而是体现出一定程度上的限制。首先，数字资源的不合理定价以及定价机制透明度的缺失使图书馆难以制定长期有效的数字馆藏建设策略，供应商“一鱼多吃”[10]的销售模式降低了图书馆数字资源集藏的系统性。其次，供应商对特定资源的拒绝许可或者许可不充分使图书馆数字资源服务能力受到制约，合同条款对于数字资源利用范围和方式的限制使图书馆数字资源服务成为商业模式的附庸，图书馆难以采取特色化的服务方式以增强用户吸引力。与此同时，合同条款对图书馆数字资源长期保存支持不足，李佳等研究显示[7]，在所调研的 28 家数据库中永久在线访问为目前长期保存的主要方式（允许永久在线访问的数据库占 75%），而这种访问多为条件性访问，需要交纳年费或满足特定的订购门槛，同时多数协议在文本处理与数据挖掘、馆藏目录深度整合以及数据库技术逆向工程等方面仍有诸多限制限制，明确允许资源整合的数据库只占 32.1%，而相关技术处理对于图书馆数字资源长期保存而言是必要的。此外，由于对“首次销售原则”是否适用于数字作品交易仍无定论，数字资源许可协议模糊了数字作品所有权转让和著作权许可之间的界限[11]，使图书馆对数字资源的后续利用缺乏明确法律依据，供应商通过合同条款对图书馆数字资源后续使用进行限制，使图书馆无法形成数字资源持续服务能力。综合分析，当前合同规则对图书馆引进数字资源的利用、保存与后续处理都存在限制，使图书馆承受不合理的著作权额外义务。

柴会明，张立彬. 图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质公平规则的塑造[J]. 图书情报工作,2021,65(8):13－20.

3　法源困境与图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质不公平

就实践层面而言，图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质不公平受交易双方市场地位、专业素质以及图书馆作为公共服务机构市场化程度欠缺等因素影响，并最终导致双方地位不对等。而从制度环境上分析，该问题的出现则体现出我国著作权专门合同规则的缺失，由于法源困境使“契约自由”缺少规制，从而放大了图书馆在数字资源引进过程中市场博弈能力的弱势，从而使该过程中著作权合同实质不公平问题凸显。

3.1　著作权法领域对著作权合同实质不公平问题的规制

在著作权法领域，我国《著作权法》与《信息网络传播权保护条例》相关条款涉及著作权合同公平问题，其中，图书馆著作权限制与例外以及对版权作品许可和转让合同的有关规定构成了针对著作权合同公平问题的法源基础。在图书馆著作权限制与例外方面，2020 年新版《著作权法》涉及图书馆著作权合同公平问题条款主要包括第二十四条关于“版权作品合理使用”的规定以及第二十六条至第三十一条关于“著作权许可使用和转让合同”的规定。其中，第二十四条(八)规定了“图书馆出于陈列和保存版本的需要”对馆藏作品的复制权例外，条款既没有明确对数字资源复制的适用性也没有明确该例外是否在合同条款排除的情况下仍然有效。“著作权许可使用和转让合同”6 项条款的设置主要针对著作权交易的规范和著作权人权利的维护，包括对合同内容与合同形式的倡导性条款(第二十六条和第二十七条)、对著作权出质的引致性条款(第二十八条)、对权利授让扩大解释的禁止规定(第二十九条)、对使用作品付酬标准的补充性规范(第三十条)以及对不得侵犯作者精神权利的强制性规范(第三十一条)，其中，只有第二十九条至三十一条承担裁判功能，但都没有直接涉及著作权合同的公平问题。《信息网络传播权保护条例》第七条涉及图书馆数字资源复制权例外，但明确了合同约定相对于复制权例外的优先性，条例第十二条列举了四种技术措施例外具体情形但并不涉及图书馆，因此，上述制度安排并不能对提高图书馆在数字资源交易过程中的缔约地位提供直接支持，供应商作为权利方仍然能够通过合同条款扩大图书馆应承担的法定著作权范畴的额外义务，从而实现自身利益最大化。

3.2　合同法领域对著作权合同实质不公平问题的规制

在合同法领域，显失公平与情势变更条款以及针对特定合同形式或内容设计的强制性规范构成公平原则的主要法源基础，同时对格式合同条款的相关规定也体现对公平原则的伸彰。从立法目的上看，民法领域的实质公平意味着以结果正义限制完全的私人自治，具体到合同法领域表现为在合同订立和履行过程中当事人自由意思遭受不当干预时的法律纠正，以实现当事人之间真正的法律地位平等[12]。然而，图书馆数字资源引进过程中供应商所主导的许可协议并没有明确表现出对民法与合同法所设置的合同约束力界限的突破，即很难归结到显失公平或情势变更情况，因而在实务中也很难被援引。对于合同缔结阶段显失公平问题，我国《民法总则》第 151 条规定“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”。《合同法》第五十四条将其表述为“一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同”。2021 年开始实施的《民法典》继承了《民法总则》显失公平界定上的表述。而实际上，尽管数字资源商在合同缔结过程中利用了自身在在享有信息、知识技能、经济地位等方面的优势使条款设置更多体现自身利益，但也很难将其等同于利用图书馆“危困状态”“缺乏判断力”“危难”等不利地位从而触发显失公平要件。研究显示[7]，权责关系是当前图书馆数字资源引进许可协议中较为突出的“霸王条款”，供应商与图书馆之间的权责关系存在极大的不对等，供应商利用免责条款回避责任，而图书馆不仅要为用户行为负责还承担了供应商通过免责的方式让渡给图书馆的风险，而这种现象又很难归结为显失公平。合同履行阶段的情势变更制度调整的是合同订立后的显失公平，其触发要件是客观情况发生当事人在订立合同时无法预见的重大变化并对合同执行产生颠覆效应，我国现行法律体系中并没有对情势变更制度做出直接规定，只是相关原则在民法领域和合同法领域有所体现。其中，《合同法》第 117 条将其表述为“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任”，并将“不可抗力”表述为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。新颁布的《民法典》在第 533 条对合同履行过程中的情势变更进行规定，认为在合同基础条件发生当事人在

订立合同时无法预见、不属于商业风险的重大变化以及继续履行对当事一方明显不公平的情况下，受不利情况的当事人可通过协商或仲裁的方式变更或解除合同。实际上，图书馆在合同执行过程中并不排除出现情势变更的可能性，但该类问题并不属于合同实质不公平问题范围，因此，面向图书馆数字资源引进的著作权合同实质公平问题，也很难通过合同法相关规定进行规制。同时，尽管数字资源引进合同并未触发显失公平与情势变更要件，但是由于格式合同的普遍应用，其对于图书馆行业整体影响不容忽视，我国合同法将格式合同条款效力排除的触发条件界定为合同法第五十二条和第五十三条规定的合同无效与合同免责条款无效的法定情形，相关触发条件的苛刻使图书馆同样在应对不公平条款问题上很难被援引。因此，合同法领域的制度设置仍无法解决图书馆数字资源引进过程中著作权许可合同的实质不公平问题。

3.3 其他法律领域对著作权合同实质不公平问题的规制

除著作权法与合同法之外，图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质不公平问题也很难通过《公共图书馆法》以及《反垄断法》等相关法规加以规制。首先，就《公共图书馆法》而言，其颁布主要是对我国公共图书馆性质、地位、投入、运行以及服务等问题进行规定，目的是为我国公共图书馆事业发展提供法律保障，而对于图书馆运行中微观层面上的数字资源引进问题，既不是其立法目的也缺乏规制效力。《反垄断法》主要规制垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中以及滥用行政能力排除和限制竞争四种垄断性行为，图书馆界将数字资源商滥用特殊权利行为主要归结为限制竞争性协议和滥用市场优势地位两方面[13]。当前，少数数字资源商控制着数字资源供应并通过独家授权等方式对于数字资源生产和流通的控制力不断增加，数字资源引进过程中格式合同的应用使相关协议在某种程度上体现垄断协议的特征。同时，数字资源价格的不透明、纸质与数字资源搭配销售以及差异化定价策略也存在滥用市场支配地位的嫌疑。然而，由于当前我国滥用市场支配地位诉讼举证困境的客观存在[14]，图书馆在利用反垄断民事诉讼这一法律救济渠道维护自身利益上存在现实困难，尽管反垄断诉讼可以作为一种潜在的救济途径，但基于法律成本考虑，《反垄断法》很难作为一种常规法律途径为图书馆争取数字资源引进过程中合同条款的实质公平提供实际支持。同时，我国《反垄断法》第五十五条规定经营者依法行使知识产权行为不属于反垄断法规制范围，只有滥用知识产权才适用本法，这使得垄断问题又回归到知识产权问题上，因此，《反垄断法》的适用建立在证明数字资源商私立著作权规则非法性的基础上，而这又是现行著作权制度无法解决的。

由上述分析可知，图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质不公平问题的特殊性，导致著作权法与合同法等既有规则在应对该问题上面临困境。一方面，规则的间接性与分散性使图书馆在数字资源引进过程中面临的问题难以通过既有规则解决，另一方面，制度价值设定的缺失使相关规则调整缺乏基本共识，从而陷入图书馆抵制交易的僵局。图书馆数字资源引进并非单纯的著作权在私人主体之间的利益分配，在此过程中著作权合同规则的塑造必须考虑缔约地位不平等的真实存在以及纯粹“契约自由”带来的弊端，并在此基础上进行制度调整。

4 图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质不公平问题的应对

4.1 图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质公平价值目标的设定

从法理上讲，著作权合同同样以契约自由与私人自治为最高原则，认可个体在法律关系形成过程中的“自己意愿”[15]，然而，公平原则需要追求更加积极的自由，对应到制度安排上表现为“关注自主决定的前提条件受到妨碍和落空的各种典型情形并谋求相应的立法应对”[16]。在图书馆数字资源引进过程中，著作权扩张以及缔约地位不平等造成双方的博弈能力存在巨大差异，因此，著作权合同公平价值目标的合理设定，需要关注图书馆在缔约地位上的弱势以及合同约定对于图书馆法定权益的挤压，实现双方在数字资源引进目的上的共赢。

4.1.1 以有利于图书馆数字资源引进的可持续性为导向

图书馆需要可信赖的数字资源体系来维系其机构职能的实现，因此专业化的数据库资源对于图书馆而言不可或缺。然而，自身经费问题以及数字资源引进过程中不公平的合同规则都会对图书馆数字资源引进产生影响并造成现实困难。因此，图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质公平应首先有利于图书馆数字资源引进的可持续性。在图书馆数字资源引进过程中，图书馆与供应商关系实质上是公共财政对私人产

品或服务的购买，这一方面意味着数字资源商交易风险的降低(因为公共财政具有较高可信度)，同时也提出公共资金利用效率问题。作为一种基于教育、研究或公共文化服务目的的公共财政投入，图书馆参与数字资源产业链的动因并非经济因素，其对数字资源的传播也不存在商业目的，图书馆数字资源服务目标群体的明确与可追溯使经图书馆路径的数字资源非授权使用具有较大可控性，这意味着图书馆用户非授权使用对数字资源商实际经济利益影响的有限。通过图书馆渠道的公共资金投入是否收到预期回报，关系到该部分资金投入能否持续，数字资源商有义务帮助图书馆提高数字资源利用率以促进该市场的良性发展。国外经验显示，价格上涨、图书馆缺乏选择权以及合同期限过长所带来的图书馆数字资源建设灵活度的降低导致了电子期刊资源大宗交易的衰落[17]，国内同样问题的出现反映出缺乏实质公平的数字资源交易模式的不可持续性。因此，图书馆数字资源引进过程中著作权合同的实质公平应该有利于图书馆数字资源引进的可持续性，以推动相关市场的健康发展。

4.1.2 平衡新兴商业模式与图书馆数字转型的关系

新兴技术对数字资源使用方式和商业模式的塑造，不仅使图书馆在内容上对数字资源供应商产生依赖，而且使图书馆在内容使用方式上正在成为供应商的附庸。B. Marshall 所做的图书馆系统市场报告显示[18]，市场整合导致图书馆技术行业正在被少数几家大公司所主导，这种主导既体现在数字资源内容的集中，同时也体现在这些公司通过技术创新对数字资源使用方式的塑造。实际上，行业主导者正在推动数字资源、管理系统以及应用系统的深层次整合，“代替”图书馆设计数字资源保存及利用规则，从而进一步压缩了图书馆可选择空间。当前，图书馆系统产品(包括相关资源数据库)开发有两个新的趋势，一是相关公司不再将图书馆视为唯一发展目标而是针对图书馆所在学校或社区推出创新性产品，二是相关公司通过并购或资金注入的方式加强对开源资源的渗透，前者意味着图书馆数字资源中心功能的分散，后者则体现出商业主体对数字资源产业链控制力的增强。上述事实说明，即使数字复制与传播的便利使数字资源供应商对于微观层面作品传播的控制力减弱，但其对数字资源产业链的宏观控制力在加强。随着 DRM 技术的进步，作品非授权传播风险可以通过技术创新得到控制，而图书馆数字资源引进过程中双方缔约地位的不平等则需要通过更加公平的规则塑造来加以规制。基于公平原则，新的商业模式的塑造应该关照图书馆发展的现实需求，对体现图书馆数字转型的一些基础性需求提供支持，图书馆数字资源引进过程中著作权合同的实质公平应体现出对新兴商业模式与图书馆数字转型的平衡，鼓励图书馆基于自身发展规律合理利用新兴技术并为其提供支持，如数字资源长期保存以及对于数字资源的整合利用等。

4.1.3 保障图书馆从著作权限制与例外中实际获益

与欧美著作权法相比，我国图书馆著作权合理使用制度较为薄弱，体现在合理使用范围的狭窄以及对图书馆从合理使用制度实际获益支持制度的缺失。鉴于传统认定缔约地位方法的缺陷以及新技术条件下产业链的变化，我国图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质公平规则在特殊保护安排上应该更加谨慎。一方面，实质公平规则的制度安排应充分考虑图书馆数字资源引进所体现的公共服务性质以及图书馆服务群体对资源利用行为的可控性，结合实践中出现的损害事实以及国外立法司法实践确认需要限制或禁止的行为类型，同时在限制内容和方式的选择上充分考虑对图书馆服务的影响，避免不适当的合同约定影响图书馆对数字资源整体的正常使用。另一方面，数字资源著作权合同实质公平规则的塑造应该充分考虑契约自由原则滥用存在的消极效应，在格式合同排除图书馆法定权利问题的处理上更加平衡。

4.2 面向图书馆数字资源引进的著作权合同实质公平规则的建立

著作权合同实质公平规则的核心是通过制度纠正当事人缔约地位的不平等以实现真实的合同自由[19]，从规则类型看主要通过赋权和限制的方式实现调整目标的达成。面向图书馆数字资源引进过的著作权合同实质公平规则的塑造应以图书馆著作权限制与例外为基准线，同时采取比较法的方法吸收当前国外相关立法司法成果，一方面针当事人缔约地位的不平等增设合同规则以提高图书馆的缔约能力，另一方面通过强制规则对合同缔结过程中的意思自治加以限制，以防止私立著作权规则的滥用对著作权平衡的破坏，体现对事关图书馆社会职能和行业价值实现的需求的伸张以及对数字资源商不合理的权利扩张的限制，以防止出现显失公平的结果。

4.2.1 明确面向图书馆数字资源长期保存的许可使用规则

基于数字信息生存能力的脆弱性，各国将数字资源的长期保存上升为国家战略，图书馆作为社会记忆

机构将开展数字保存视为自身的重要使命。当前,在图书馆数字资源引进过程中,尽管一些涉及数字资源长期保存的条款开始出现,但交易双方对于数字资源长期保存的理解存在差异。数字资源提供商将数字资源长期保存解读为长期可访问,而图书馆则以数字资源的长期存活、真实可信以及未来可用为目标[20],这意味着图书馆不但要保证图书馆资源的长期可访问,还需要有长期使用和保留数据的权利。图书馆对数字资源的长期保存并非寻求数字资源著作权的实质性转移,而是希望在著作权框架内通过版权作品的合理使用以较低成本实现数字信息保存的目的。实际上,包括 DMCA 在内,国外著作权立法已经针对数字作品设置复制权例外,从而为图书馆数字资源长期保存创造条件[21]。欧盟 2019 年《数字化单一市场版权指令》[22]明确文化遗产机构(含图书馆)基于文化遗产保存的目的可以以任何格式或媒介复制任何由其永久收藏的作品或其他内容,从而为相关机构数字文化遗产保存提供便利,我国著作权制度改革可以吸收相关立法经验,为公益性图书馆数字资源内部存档增设复制权例外,同时允许图书馆基于在特定限制条件下对馆藏数字资源进行格式迁移,以保证图书馆数字资源长期保存职能的实现。

4.2.2 增加面向图书馆的技术措施保护限制与例外

1996 年 WCT 与 WPPT 将技术措施纳入著作权保护范围,禁止未经许可的规避。自此,技术措施所体现的著作权保护"技术路径"当代著作权制度的重要组成部分。技术措施作为一种私力救济手段,在效果层面上呈现直接控制性,同时其在"接触"层面上的控制衍生出对于数字作品传播"接触权"问题,体现出对传统著作权的超越。尽管著作权技术措施保护有利于数字环境下作品财产权的实现,从而更好发挥著作权制度对于作品创作的激励作用,但由其造成著作权垄断从而导致版权作品强制性稀缺引起相关学者的担忧[23]。因此,美国与欧盟立法在强调著作权技术措施保护的同时,都采取相应的制度设置对技术措施保护进行限制,以实现著作权保护的平衡。其中,美国 DMCA[24]对于控制作品接触与控制版权保护的技术措施采取了不同的保护等级,并包含一般性例外和授权临时例外相结合的制度设置,以避免技术措施保护导致著作权过渡扩张。欧盟《信息社会版权指令》[25]针对著作权权利类型设置相应的技术措施保护例外,并包含促进包括图书馆在内的收益人从例外制度中实际获益的制度设置。欧美立法都将图书馆视为重要的受益人,DMCA 授权美国国会图书馆每隔 3 年可以确定一次特定作品的种类,入选作品可以规避控制接触的技术保护措施,欧盟 2019 年《数字化单一市场版权指令》[22]明确了科研机构与文化遗产机构(含图书馆)以科研目的进行的文本与数据挖掘以及对其合法获取作品或其他内容的复制与提取属于著作权例外,同时规定权利人所采取的技术措施不应超过保证网络和数据库安全性与完整性这一限度。因此,我国著作权制度应增设针对图书馆的技术措施保护例外,对著作权人追求经济利益最大化而非合法权利保护的技术措施进行限制,以提高图书馆在数字资源引进过程中的缔约地位。

4.2.3 对著作权限制与私立著作权规则关系的调整

数字资源许可协议所体现的私立著作权规则以追求垄断利益为目的,有其难以自我克服的弊端,因此,图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质公平规则的塑造需要通过强制性法定规则的引入来对纯粹的契约自由进行限制。由于私立著作权规则之于著作权法的独立性,著作权法内部规则在调整著作权限制与合同条款排除力关系上的难以适用,各国立法尽管对于该关系的处理上存在困难,但通过新手段限制私立著作权规则滥用的尝试一直在继续。鉴于相关立法面临巨大争议,美国主要通过原则性考量标准界定私立著作权规则的合法性,如美国《统一计算机信息交易法案》(1999)(Uniform Computer Information Transactions Act)[26]规定法院可以基于违反基本公共政策(第 105 条 b 条款)、显失公平(unconscionable,第 105 条 a 条款)等原则性考量拒绝合同的强制执行,该立法模式在以后的相关立法中得到延续,鉴于受公共财政资助的图书馆在公共服务上的正当性,相关原则在一定程度上对限制私立著作权规则的滥用发挥作用。欧盟立法则采取一种较为直接的方式对于违反特定目的的合同条款效力进行直接排除,如 2019 年颁布的《单一数字市场版权指令》[22]规定与图书馆等机构基于文化遗产保存目的的复制权例外相冲突的合同条款均不可执行。借鉴欧美相关立法司法实践,我国著作权及相关立法可以增加面向私立著作权规则与合理使用关系调整的判定标准,一方面立足当前版权产业发展实践赋予特定私立著作权规则的合法性,同时以强制性规范明确私立著作权规则不得规避的著作权限制,以平衡图书馆数字资源引进过程中的缔约地位及保证图书馆公共服务职能的实现。

4.2.4 反垄断规则的引入

数字资源许可使用价格与销售模式问题是图书馆

柴会明，张立彬. 图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质公平规则的塑造[J]. 图书情报工作,2021,65(8):13－20.

数字资源引进过程中著作权合同实质不公平的焦点。自数据库纳入著作权法保护以来,基于“额头出汗”原则,满足独创性要求的数据库作为汇编作品受到保护,权利人依法享有其财产权。实际上,对于当前数字资源定价与销售模式上的诸多诟病,只要在现行法律框架内实施都属于市场主体经营行为的自主选择,遵循市场经济基本理论并会在市场竞争中自发进行调整。针对该类问题的著作权合同实质公平规则的塑造主要是从维护市场竞争有序化的角度出发审视其合法性,以防止私立著作权规则的滥用,基于这一原则需要着重考虑三方面问题:一是数据资源商以同一底层数据为基础,根据用户需要选取不同数据进行结构化处理所形成的单独子库是否符合著作权法意义上新的“数据库作品”(如对高影响因子期刊单独设库销售);二是数字资源引进过程中数字资源与纸质资源的“搭售”是否属于滥用市场支配地位;三是数字资源供应商的并购整合是否构成具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。其中,第一个问题针对数字资源商单独建库销售的合法性,鉴于该过程中的数字资源商在智力、财力和人力上的投入以及子库所具有的独创性特征,单独建库销售模式在著作权法领域是成立的。而后两个问题则超出了著作权法规制范围,需要反垄断规则的引入。在通过反垄断规则判定私立著作权规则合法性过程中,需要充分考虑数字资源版权产业的特殊性,一方面考虑独家授权模式是否造成基础数据资源的垄断,另一方面考虑基于销售模式与技术措施的结合是否会造成阻止其他同类经营者无法进入相关市场的事实[27]。因此,对于数字资源商垄断行为的判断应该增设是否影响市场竞争的要件,即同一市场领域应该允许潜在竞争者的进入,以避免供应商对特定数字资源交易形成垄断。

5 结语

本文针对当前图书馆数字资源引进过程中著作权合同实质不公平问题,借鉴法学研究领域的观点与方法,对制约数字环境下图书馆发展的著作权困境进行了分析。在当前版权产业与互联网产业博弈导致著作权立法陷入僵局的背景下,图书馆著作权问题研究需要关注私立著作权规则对于图书馆合法权利的限制,并寻求更为公平的著作权合同规则的塑造,以推动图书馆事业得到更好发展。

参考文献:

[1] 向佳丽,张静,周红. 国外图书馆数字资源许可政策新近发展研究[J]. 大学图书馆学报, 2020(1):26－34.
[2] 程焕文. 十问数据商!!! [EB/OL]. [2020－11－17]. http://blog. sina. com. cn/s/blog_4978019f0102e5zu. html.
[3] 程焕文. 全国高校图书馆联合抵制英国皇家化学学会数据库[EB/OL]. [2020－11－17]. http://blog. sina. com. cn/s/blog_4978019f0102ve4r. html.
[4] 孙瑞英,徐盛. 对数据商霸权行为的抵制研究——兼作答“程焕文之问”[J]. 图书馆论坛, 2015(6):1－6.
[5] 黄国彬. 著作权例外与图书馆可适用的著作权例外[M]. 北京:知识产权出版社,2012.
[6] 韦景竹,姚维保. 合同与版权之争——电子学术资源数据库许可协议的分歧及解决[J]. 科技与出版,2003(1):26－28,29.
[7] 李佳,张静,邵晶. 基于DRAA集团采购的数字资源许可协议内容调查与认知度研究[J]. 大学图书馆学报,2019(3):28－34.
[8] 王翼泽. 版权许可格式合同扩大版权人权利范围的应对[J]. 中国出版, 2020(8):61－64.
[9] 周玲玲. 图书馆基于许可证合约采购的数字资源长期保存的法律指南[J]. 大学图书馆学报,2011(1):11－15.
[10] 王艾. DRM:数字出版的攻与守[J]. 出版广角,2012(7):35－37.
[11] 马晶,杨天红. 论数字作品所有权转让与著作权许可的区分——基于首次销售原则的考察[J]. 大连理工大学学报(社会科学版),2017(1):19－22.
[12] 熊琦. 著作权合同实质公平规则形塑 [J]. 法学,2020(6):47－62.
[13] 李明理. “程焕文之问”的数据库垄断观解读[J]. 图书馆论坛, 2015(3):1－8.
[14] 喻玲,兰江华. 滥用市场支配地位诉讼举证困境及对策研究——基于67份判决书的实证分析[J]. 江西财经大学学报, 2020(4):122－134.
[15] 弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖,译. 北京:法律出版社,2013:7.
[16] 辛格. 转变中的《德国民法典》社会模式与反歧视保护[M]. 张双根,译. 北京:北京大学出版社,2013:69.
[17] 张少宏. 国外电子期刊资源大宗交易兴衰历程分析[J]. 图书馆论坛,2014(1):107－111.
[18] MARSHLL B. 2020 图书馆系统市场报告:整合中的新机遇[J]. 肖铮,译. 图书馆论坛,2020(10):156－164.
[19] 王泽鉴. 债法原理[M]. 北京大学出版社,2009:8.
[20] 张智雄. 数字资源长期保存技术的研究与实践[M]. 北京:国家图书馆出版社,2014:19.
[21] 柴会明. 图书馆数字资源长期保存过程中复制行为的法律边界研究[J]. 图书情报工作,2020(10):46－53.
[22] DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL(2019) [EB/OL]. [2020－11－17]. https://wipolex. wipo. int/zh/text/513599.
[23] BELL T W. Copyright as intellectual property privilege[EB/OL]. [2020－11－17]. http://works. bepress. com/tom_bell/5.
[24] Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in

Title 17 of the United States Code(2016)[EB/OL].[2020 - 11 - 17]. https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf.
[25] Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society[EB/OL].[2020 - 11 - 17]. https://www.fakongjian.com/int_doc/laws/20160531/0351/eu049en20160531035154.pdf.
[26] Uniform Computer Information Transactions Act[EB/OL].[2020 - 11 - 17]. http://107.6.21.207/Subjects/PropertyPrivacy/IP-Prot/ucita200.pdf.
[27] 熊琦.互联网产业驱动下的著作权规则变革[J].中国法学，2013(6):79 - 90.

作者贡献说明：
柴会明：提出论文选题并撰写初稿；
张立彬：提出修改意见并修改论文。

The Shaping of Substantive Fair Rules of Copyright Contract in the Process of Library Digital Resources Introduction

Chai Huiming[1] Zhang Libin[2]
[1] Tianjin Conservatory of Music Library, Tianjin 300171
[2] Nankai University Library, Tianjin 300071

Abstract: [**Purpose/significance**] This paper studies the unfair nature of copyright contract in the process of introducing digital resources into the library, and analyzes its characteristics, causes and countermeasures. [**Method/process**] using the research methods of literature, case and comparative jurisprudence, this paper expounded the copyright problem of digital resources introduction to library. [**Result/conclusion**] This paper analyzes the characteristics of the substantial unfairness of copyright contract in the process of library digital resources introduction from three aspects; expounds that the main reason for this problem is the lack of special contract rules of copyright; and puts forward specific suggestions from four aspects, including: clarifying the license rules for the long-term preservation of digital resources in the library; increasing the protection restrictions and exceptions of the library oriented technical measures; adjusting the relationship between copyright restriction and private copyright rules; and reasonably introducing anti-monopoly rules.

Keywords: library introduction of digital resources copyright contract